

La nueva ley de transparencia y acceso a la información

Versión previa a las pruebas de imprenta, acceda al original

- Artículo, “La nueva ley de transparencia y acceso a la información en España“, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcala, nº 7, 2014.

Lorenzo Cotino Hueso

Profesor Titular de Derecho Constitucional acreditado a catedrático

Universidad de Valencia

Coordinador Red www.derechotics.com¹

Sumario:

1. La iusfundamentalización de la transparencia y el acceso a la información pública; 2. Elaboración, descripción, desarrollo y entrada en vigor de la ley; 3. El ámbito y los sujetos obligados por la ley; 4. La publicidad activa; 5. El derecho de acceso a la información pública; 5. 1. Información pública cuyo acceso se puede solicitar y los límites al derecho de acceso; 5. 2. Ejercicio del derecho de acceso a la información pública; 6. Las garantías y el Consejo de la Transparencia; 6. 1. Recursos, reclamaciones y la falta de regulación de un régimen sancionador; 6. 2. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; 7. Para concluir. Una valoración de la ley y una mirada al futuro

Resumen:

El estudio analiza la nueva ley de transparencia y acceso a la información aprobada en España. Se hace referencia a la importancia que puede tener la consideración del acceso a la información como derecho fundamental en el marco de la libertad de información del artículo 20 CE. Se expone el ámbito y sujetos obligados por la ley, la información activa que de forma obligatoria se ha de suministrar y especialmente, el derecho de acceso a la información pública, sus límites y las discutibles garantías, recursos y órganos de garantía establecidos. Por último, se hace una valoración positiva de la ley, indicando en todo caso las críticas más importantes al tiempo que se señala lo que se considera la clave para el futuro.

¹ www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto MINECO “Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos” (DER2012-37844), del cual es investigador principal, así como miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Católica de Colombia (2013-2014).

Abstract:

The new law on transparency and access to information passed in Spain is analyzed. It is emphasized the importance of the right of access to information as fundamental right included in the freedom of expression. The author explains the scope and subjects required by law, the active information that compulsorily has to be provided. Especially it is detailed the right of access to public information, its criticized limits, guarantees, claims and institutions that have been established by law. Finally, a positive assessment of the law is made, any case, the author mentions the most negative aspects of the law and the keys to the future.

Palabras clave:

Transparencia, acceso a la información pública, gobierno abierto, protección de datos.

1. La iusfundamentalización de la transparencia y el acceso a la información pública

La nueva ley de transparencia en España² es el resultado de una inercia histórica, política, social y, por supuesto, jurídica de la emergencia de la transparencia y el acceso a la información pública hasta su consideración como derecho fundamental³. En el último tercio del siglo XX, como resaca de la ola participativa del mayo de 1968, las legislaciones —en incluso las constituciones— de diversos Estados democráticos occidentales ampliaron o comenzaron a reconocer el acceso a la información. Así, en Austria, Bélgica, Finlandia, Grecia, Países Bajos, Portugal, Suecia y desde 2004 en

² Sobre la ley de transparencia y sin perjuicio de una basta doctrina anterior las obras de referencia son Fernández Salmerón, M. y Valero Torrijos, J. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: acceso, uso y reutilización de la información administrativa*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014; Guichot Reina, Emilio (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014; Arancha Moretón Toquero (coord.), *Revista Jurídica de Castilla y León* 2014, nº 33, (monográfico sobre transparencia y acceso a la información pública); Wences, Isabel y otros (coords.), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno Una perspectiva académica*, CEPC, Madrid, 2014; Blanes Climent, Miguel Angel, *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; Bermejo Latre, José Luis y Castel Gayán, Sergio (eds.) *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, monografía XIV de la Revista Aragonesa de Administración Pública, IAAP, Zaragoza, 2013; *Tabula: revista de archivos de Castilla y León*, nº 15, 2012 (Monográfico El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos. VI Congreso de Archivos de Castilla y León. Valladolid, 9-11 de mayo de 2012; Fernández Ramos, Severiano, *Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno*, en *Actualidad administrativa*, nº 12, 2012.

³ Son muchos los trabajos de quien suscribe sobre la materia, por brevedad me permito remitir a www.cotino.es (publicaciones) donde puede accederse al texto completo de los mismos.

Noruega. En España ello tuvo su reflejo en el artículo 105 de la Constitución española. En los años noventa los países ex comunistas de Europa del Este comenzaron a adoptar leyes de transparencia en su camino de homologación democrática con la Unión Europea, a la cual accedieron más tarde. En Europa se intensificaría la inercia de la transparencia administrativa desde 2000. A solicitud de Países Bajos y países nórdicos se dotó de rango constitucional al acceso a la información en la UE. Así, desde 2000 se reconoció tanto el “nuevo” derecho fundamental a la buena administración (art. 41)⁴ cuanto, en especial, el artículo 42 del “Derecho de acceso a los documentos”⁵. Tales derechos se reconocen en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico desde el Tratado de Lisboa de 3 de diciembre de 2007 (en vigor desde 2009), y ya con una obra jurisprudencial amplia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el marco del Consejo de Europa, constituyó un hito el Convenio nº 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009⁶, no ratificado por España, que vincula este derecho con el artículo 10 CEDH y con el artículo 19 DUDH⁷ que reconocen la libertad de expresión e información. En esta línea y también en 2009, el TEDH comenzó a seguir la estela de la Corte Interamericana de 2006, que en el Caso *Claude Reyes vs Chile* había reconocido el acceso a la información pública sin interés legítimo como derecho incluido en la libertad de expresión. En los asuntos contra Hungría *Társaság a Szabadságjogokért*, (sentencia de 14 de abril de 2009, en especial, aps.35-39), y *Kenedi*, (sentencia de 26 de agosto de 2009) el TEDH ha afirmado que el derecho de acceso a los documentos públicos es “un elemento esencial del ejercicio [...] del derecho a la libertad de expresión (ap. 43, caso *Kenedi*)”. Y especialmente cabe destacar la sentencia dictada en el caso *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia* (de 25 de junio de 2013), en la que se afirma la lesión del artículo 10 a una ONG interesada en la información pública —esto es, no se trataba de profesionales de la información— y “el Tribunal recuerda que la noción de “libertad para recibir información” abarca un derecho de acceso a la información” (ap. 20).

⁴ Cabe recordar que dentro de este “nuevo” derecho fundamental a la buena administración reconocido en el artículo 41 se incluye (apdo. 2. 2º) “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional de los asuntos” así como (apdo. 3) “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”

⁵ Su redacción final es: “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.”

⁶ Existe una muy completa traducción no oficial al español, conjunta al texto oficial en inglés, realizada por M. Sánchez de Diego en <http://goo.gl/Kz7EA>

⁷ A este respecto cabe recordar el Comité de Derechos Humanos: *Observación General núm. 34 (2011). Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*. Especialmente ver párrafos 18 y 19.

Por cuanto a las legislaciones nacionales, tras las regulaciones de Malta (2008) y Luxemburgo (2010) España se había quedado sola con Chipre como los únicos que no habían regulado la materia de forma global en una ley. El doble influjo de la UE y del TEDH hace incuestionable el carácter de derecho fundamental para el Derecho nacional en razón del artículo 10.2º CE. Hay un “consenso jurídico mundial acerca de la naturaleza *iusfundamental* del derecho de acceso a la información pública”, en palabras de Guichot⁸. Sin embargo, en España no se ha regulado la ley como ley orgánica por no entenderse que se desarrolle un derecho fundamental⁹.

A mi juicio, los componentes esenciales de la transparencia y el acceso a la información quedan integrados en contenido constitucional declarado del artículo 20.1 CE hay que interpretar la Ley 19/2013 bajo la perspectiva de que el acceso a la información pública es un derecho fundamental. Y ello sin perjuicio de que la fundamentalidad se refuerce —aún más— en algunos supuestos, como el acceso a la información por parte de cargos públicos, en razón del artículo 23 CE¹⁰. Como consecuencia general se impone *tomar en serio* toda su normativa de desarrollo y ejercicio del derecho de acceso, con especial incidencia a la hora de ponderar los límites al derecho de acceso (art. 15 Ley 19/2013), puesto que las reglas y el resultado de la ponderación no son las mismas cuando se trata de un derecho fundamental frente a otro derecho fundamental o frente a otro interés o bien constitucional. De igual modo, dadas las muy amplias causas de inadmisión de solicitudes de acceso (art. 18), no hay que descartar un activismo judicial a partir del efecto directo del artículo 20 CE que conllevara el acceso a la información excluida por la ley. La *iusfundamentalidad* también ha de tener especial incidencia respecto del futuro desarrollo legal y reglamentario. Del mismo modo, el influjo del derecho de acceso como derecho fundamental se debe producir en su implantación y puesta en práctica efectiva por los poderes públicos, especialmente a cargo de las Administraciones. Igualmente, este mandato de efectividad se ha de hacer presente a la hora de interpretar el conjunto

⁸ Guichot Reina, Eduardo.: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Laboratorio de Alternativas, Documento de trabajo 170/2011, pp. 22 y 25; en el mismo sentido en “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84 (2012), p. 102.

⁹ Al respecto, por todos, Rollnert Liern, Göran, en “La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional, en Fernández Salmerón, M. y Valero Torrijos, J. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia... cit.* págs. 73-104

¹⁰ Destaca la STS de 28 de septiembre de 2012 de la Sala Tercera que considera que el acceso a la información de los parlamentarios forma parte del contenido del artículo 23 CE y son los reglamentos parlamentarios los que deben dotarle de la oportuna configuración legal con las necesarias garantías (FJ 3º).

normativo por parte de las Administraciones y el Consejo de la transparencia. Y, finalmente, son los tribunales quienes deben tomarse este derecho en serio al aplicar la Ley 19/2013. Ahora bien, a este respecto de la fundamentalización de la transparencia habrá que esperar una actualización de la jurisprudencia constitucional. En 2013 el TC no parece haber recibido estos estímulos¹¹. También hay que aguardar la puesta al día por la jurisprudencia ordinaria¹². La misma sin duda se va a activar cuantitativamente con la entrada en vigor de la Ley 19/2013, por lo que hay que estar atentos.

2. Elaboración, descripción, desarrollo y entrada en vigor de la ley

En el discurso del debate de investidura como Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy Brey anunció entre las iniciativas más relevantes la aprobación de una ley de transparencia para el primer trimestre de 2012 “como un derecho de los ciudadanos y un principio básico de la actuación de las administraciones.”¹³ Dicha promesa fue cumplida, además de un modo original, por cuanto el 26 de marzo el texto del anteproyecto fue presentado en una página web (www.leydetransparencia.gob.es) permitiendo que en 15 días toda persona interesada remitiera a través de una plantilla cualquier comentario o sugerencia respecto del texto. Al parecer se remitieron unas 3.600 contribuciones, de las que una parte fueron especialmente atendidas por el gobierno para elaborar su proyecto de ley definitivo. Asimismo, el texto fue sometido a los comentarios por parte de una comisión de expertos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y tras ello, el 3 de agosto de 2012 se presentó el proyecto al Congreso de los Diputados, publicándose el 7 de septiembre. El Congreso aprobó el texto y lo remitió al Senado un año después, el 18 de septiembre de 2013. El 26 de noviembre el Senado lo aprobó con enmiendas y la Ley fue aprobada definitivamente por el Congreso el 5 de diciembre de 2013. Si al inicio el PSOE apoyó el proyecto, finalmente la ley contó con los votos a favor de PP, CiU, PNV y Coalición Canaria y los votos en contra del PSOE así como de otros grupos minoritarios como

¹¹ Así, cabe tener en cuenta los dos autos de 9 de septiembre de 2013 en los que las dos Secciones de la Sala Primera del Tribunal Constitucional han inadmitido los recursos de amparo promovidos por Access Info Europe 3254/2012 y 4145/2012 “dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”. Access Info ha afirmado su voluntad de acudir al TEDH.

¹² Al respecto cabe tener en cuenta las sentencias que fueron impugnadas en los recursos de amparo citados *supra*, SAN de 22 de octubre de 2009 y STS de 29 de mayo de 2012. De igual modo, hay que tener en cuenta las SSTS de 30 de marzo de 1999, de 14 de noviembre de 2000 y de 19 de mayo de 2003. Como señala Rollnert, no se puede concluir que el TS tenga una posición determinante en la materia.

¹³ Así en el Cortes Generales *DSCD*, Año 2011 X Legislatura Núm. 2, Sesión plenaria núm. 2, lunes 19 de diciembre de 2011, pág. 14
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_002.PDF

Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA, CHA), UPyD y parte del grupo mixto (Amaiur, ERC, BNG, Compromís y Geroa Bai). La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno fue publicada en el BOE de 10 de diciembre de 2013.

Es una ley de 40 artículos organizados en tres títulos, más ocho disposiciones adicionales y nueve disposiciones finales. El Título I relativo a la “Transparencia de la actividad pública” regula el “Ámbito subjetivo de aplicación” (Cap. I); la “Publicidad activa” (Cap. II) y el “Derecho de acceso a la información pública” (Cap. III). Este Capítulo contiene secciones del “Régimen general”, el “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública” y el “Régimen de impugnaciones”. El resto de títulos no tienen quedan estructurados en capítulos o secciones.

Del Preámbulo cabe destacar alguna afirmación de principio: “Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.” (I) Acerca del retraso en regular la cuestión, se dice que “España no podía permanecer por más tiempo al margen” (II). Por cuanto a la regulación previa, se afirma que la ley “no parte de la nada ni colma un vacío absoluto” (II) dado que había, de un lado, regulación sectorial preexistente, pero que “resulta insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento” (II). Respecto de la regulación previa del artículo 37 de la Ley 30/1992 se afirma que “adolece de una serie de deficiencias [...] al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica”.

Por cuanto a su entrada en vigor, en razón de su Disposición final novena, las disposiciones del Título II (“Buen Gobierno”) entraron en vigor al día siguiente de su publicación. Lo relativo al Título I (“Título I. Transparencia de la actividad pública”) y al Título III (“Título III. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”) entraron en vigor el 10 de diciembre de 2014. Asimismo, los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales tienen como máximo hasta el 10 de diciembre de 2015 “para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley”.

Respecto del desarrollo normativo de la ley, de una parte, cabe tener en cuenta el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que entró en vigor el 10 de diciembre de 2014 según su disposición final. De otra parte, son bastantes las leyes autonómicas. Entre la

normativa autonómica, ha quedado bastante desfasada la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega y también en buena medida la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Ya al albur de la ley estatal y en el marco de sus contenidos, se han aprobado la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía o la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja. Al momento de cerrar estas páginas hay proyectos de ley aprobados y en tramitación en Aragón, Castilla León, Cataluña (proposición de ley apoyada por varios grupos), Comunidad Valenciana, Canarias, Euskadi (ley de Administración), Asturias, Murcia y Castilla-La Mancha. Las diferencias entre unas y otras son sensibles, pasando de casi una mera reiteración vacua de la norma estatal a normas que elevan especialmente el nivel de la publicidad activa y concretan algunos aspectos y recogen mayores garantías que la ley estatal. Destaca en este sentido un casi simbólico silencio positivo en Navarra y un importante régimen sancionador de garantía de la transparencia en Andalucía. Respecto del desarrollo de la ley en el ámbito local, sin duda el referente es la Ordenanza de Zaragoza sobre transparencia y libre acceso a la información (BOPZ de 01.04.2014) y la Ordenanza tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización aprobada en Junta de Gobierno Federación Española de Municipios y Provincias de 27-5-2014. Ambas son normas en general muy elaboradas y concretas, aunque no incorporan un régimen sancionador respecto de la transparencia.

3. El ámbito y los sujetos obligados por la ley

La ley implica la regulación general de la transparencia de la actividad pública y el acceso a la información pública. Este régimen general concurre con otros regímenes particulares, como es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo (Disp. Ad. 1ª. 1º). También rige por especialidad la normativa especial de acceso a la información en materias que tengan regulación específica. Y en este sentido cabe tener en cuenta la regulación del acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización. En estos casos la Ley 19/2013 es supletoria .

El ámbito subjetivo de aplicación de la transparencia, tal y como se afirma y con razón en el Preámbulo, es “muy amplio” (III) y viene determinado en los artículos 2 a 4. Así, se incluye a todas las Administraciones Públicas, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, en la medida

en que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, así como a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades públicas. El artículo 2. 1. b) incluye en el ámbito de la ley a entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social y, tras el paso por el Congreso, también a “las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.”

En relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, la Ley se aplica también a las Corporaciones de Derecho Público, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional y al Consejo General del Poder Judicial, al Consejo de Estado, al Defensor del Pueblo, al Tribunal de Cuentas, al Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas. El Congreso incluyó en su tramitación tanto a la Casa de Su Majestad el Rey cuanto al Banco de España.

La obligaciones de transparencia también se aplican a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades mencionadas sea superior al cincuenta por ciento, a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades a las que se ha hecho referencia. En la medida de lo posible también a los entes de cooperación del artículo 5 de la Ley 30/1992.

La condición de obligado por la ley respecto de entidades privadas –no mencionadas anteriormente- alcanza dos supuestos particulares, uno indirecto y otro directo. En razón del artículo 4, todas las entidades públicas obligadas por la ley, podrán pedir la información que sea necesaria para poder cumplir sus obligaciones de transparencia a toda persona física que preste servicios públicos o ejerza potestades administrativas, así como a los adjudicatarios de contratos del sector público. Así pues, estos sujetos privados estarán obligados a suministrar la información requerida.

De otra parte, aunque no estuviera previsto inicialmente, tras el paso del proyecto de ley por el Congreso, son “otros sujetos obligados” (art. 3) respecto de los cuales recaen algunas de las obligaciones de publicidad activa del Capítulo II los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, así como y a todas las entidades privadas que perciban una determinada cantidad de ayudas o subvenciones públicas (cien mil euros en general o a partir de cinco mil si ello supone el 40% o más de sus ingresos anuales). En concreto, y en razón del artículo 8.2, estos sujetos deberán hacer públicos todos los contratos y convenios que hayan celebrado con una Administración Pública (art. 8.1 a y b), al igual que la información relativa a las

subvenciones que les conceda una Administración (art. 8.1 c). Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones podrá realizarse mediante los medios que para ello ha de poner la Administración que dé la mayor parte de ayudas o subvenciones (art. 5. 4).

4. La publicidad activa

Los sujetos obligados por la ley tienen obligaciones de suministrar información de manera activa, esto es, sin esperar a que nadie la solicite. La ley contiene prescripciones sobre cómo, dónde y qué información debe suministrarse. En primer término, la ley señala *cómo* debe suministrarse la información: “de forma periódica y actualizada” (art. 5.1); “de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables” (art. 5. 4º, la referencia última se añadió en el Congreso). La información “será comprensible, de acceso fácil y gratuito” (art. 5.5). Se añaden asimismo algunas exigencias de accesibilidad¹⁴ y una remisión futura tanto a la concreción de “la accesibilidad [cuanto de] la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.” Se consideran principios técnicos a desarrollar reglamentariamente (art. 11).

En segundo término, respecto de *dónde* debe suministrarse la información, la ley dice que la información “será publicada en las correspondientes sedes electrónicas [art. 10.1 Ley 11/2007] o páginas web”. Queda claro que “la Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia” (art. 10.1), si bien, el resto de obligados bien podrán diseñar un portal de transparencia específico, bien podrán incluir la información obligatoria en donde consideren de su web o de su sede electrónica. Asimismo la AGE, las Comunidades Autónomas y entes locales pueden colaborar entre sí para integrar la información (art. 10.3), por ejemplo en portales comunes. Como antes se ha reseñado, para divulgar las ayudas recibidas por entidades sin ánimo de lucro con fines de interés social o cultural y con presupuesto inferior a 50 mil euros, las administraciones que den las subvenciones son quienes deben poner los medios de difusión (art. 5. 4).

¹⁴ Ya por cuanto a la accesibilidad se señala que “se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad” (art. 5.4) y “estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.” (art. 5. 5)

En tercer lugar, acerca de *qué* información publicar, la ley establece unos mínimos, que las Comunidades Autónomas y entes locales bien pueden elevar (art. 5.1). Así, debe publicarse información institucional, organizativa y de planificación (art. 6), esto es, la relativa a las funciones, normativa, estructura, organigrama, planes y programas, actividades, medios y tiempo para acometerlas así como grado de cumplimiento y resultados. También se obliga a suministrar información de relevancia jurídica (art. 7), que incluye directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos. También deben publicarse los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos y de reglamentos (una vez solicitados los dictámenes preceptivos, si los hay). También se difundirán las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (que incluye, por ejemplo, el impacto de género). Finalmente debe publicarse la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria (art. 8). En este ámbito debe informarse activamente respecto de contratos, convenios, encomiendas de gestión, subvenciones, presupuestos, cuentas e informes de auditoría, retribuciones, compatibilidad, declaraciones de bienes e información estadística¹⁵. Ya sólo para el Portal de la Transparencia de la AGE, el artículo 10.1 añade que incluirá la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia.

Hay que tener muy en cuenta que a la hora de publicar toda esta información habrá que omitir la que no proceda en razón de “los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15”. A este respecto,

¹⁵ Así, debe difundirse información de contratos (indicando objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos de publicitación, licitadores, identidad del adjudicatario, modificaciones del contrato, desistimiento y renuncia), con carácter trimestral en contratos menores. También datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados. También información de los convenios (indicando firmantes, objeto, plazo, modificaciones, obligados y obligaciones económicas); encomiendas de gestión (objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones); subvenciones y ayudas (importe, finalidad y beneficiarios. Debe informarse de las principales partidas de los presupuestos de manera actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. También se divulgarán las cuentas anuales y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan. Asimismo, hay que informar de las retribuciones de altos cargos y máximos responsables de las entidades así como indemnizaciones percibidas por abandono del cargo. También en este precepto se obliga a difundir las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos, declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales (omitiendo datos de localización por seguridad). Por último, debe darse información estadística sobre grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos así como la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real.

cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.” (art. 5.3º). Puede preverse que ante la duda de la información que publicar, la tendencia será la de no publicar dado que la amenaza de sanción por protección de datos es mucho mayor que la –inexistente– amenaza por no publicar la información obligatoria.

Como el lector apreciará, la ley impone a todos los entes públicos a difundir activamente una enorme cantidad de información de manera actualizada y dinámica. Esta obligación dista y mucho de colgar algunos documentos en la web y considerar cumplida la ley. En muchos supuestos se tratará de facilitar la información directamente a partir de las bases de datos administrativas que correspondan. Y para ello es necesario que las bases de datos estén configuradas y su información estructurada en razón de los elementos de la ley de transparencia. Así, podrá dispensarse la información que exija la ley reservando la que no concierna.

Por cuanto a las garantías del cumplimiento de las obligaciones de información activa, aunque en las Cortes aumentaron respecto del proyecto de ley inicial, lo cierto es que son bastante laxas. Así, y sólo para la AGE, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno podrá dictar resoluciones para cesar el incumplimiento de obligaciones de información así como sobre actuaciones disciplinarias que procedan. La ley introdujo un mandato a una ley disciplinaria que hoy por hoy no existe. Así, se afirma que “El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.” (art. 9.3) Falta, pues, la correspondiente normativa reguladora que afirme el tipo infractor concreto. La acción del Consejo de Transparencia será esencial así como la normativa local y autonómica y la aplicación de la misma.

5. El derecho de acceso a la información pública

5. 1. Información pública cuyo acceso se puede solicitar y los límites al derecho de acceso

El derecho de acceso a la información pública viene regulado en los artículos 12 a 24 (Capítulo III, Título I). El legislador acomete su función “partiendo de la previsión contenida en el artículo 105.b)” (Preámbulo, II) de la Constitución y, como se ha adelantado no desde el artículo 20 CE de la libertad de expresión e información.

Del lado positivo, hay un concepto muy generoso de información pública a la que en principio se puede acceder: todo contenido “cualquiera que sea su formato o soporte,

que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones” (art. 13). Ahora bien, como grave contrapartida, las “causas de inadmisión” (art. 18) excluyen del ejercicio del derecho de acceso a la información: a la información en curso de elaboración o de publicación general; a la información auxiliar o de apoyo como notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. Se excluye también el acceso a la información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. Si el lector observa, se trata de exclusiones muy importantes que afectan a procedimientos en curso, comunicaciones y correos internos e información no “madura” para su acceso por la ciudadanía. Cabe entender que estas graves restricciones deben interpretarse restrictivamente y habría que esperar un activismo judicial que haga que, en razón del efecto directo del derecho fundamental del artículo 20 CE pueda solicitarse y accederse a información que la ley considera excluida. Además, según la ley también se inadmitirán solicitudes de acceso al órgano erróneo, con indicación de cuál es el competencia o las solicitudes repetitivas o abusivas.

Otro elemento muy importante es que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para otros derechos constitucionales o intereses protegidos. El artículo 14 agrupa en doce las posibles causas de una restricción del derecho, a saber: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, la protección del medio ambiente. Más allá del abultado listado, lo más importante son las pautas para la ponderación entre el derecho de acceso y la causa de su restricción. Al respecto, se afirma en el Preámbulo (III) que “los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.” Y la ley expresa que “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique

el acceso” (art. 14.2). A este respecto debe tenerse bien presente que el artículo 20. 2 obliga a que sean motivadas las resoluciones que denieguen el acceso o las que concedan el acceso parcial. Cabe recordar que si se estima que concurre un límite o causa de denegación del acceso, pero no sobre toda la información solicitada, deberá concederse acceso parcial a la que no deba restringirse (art. 16).

El carácter e intensidad de la motivación de una denegación de información es del todo importante tanto respecto de la denegación inicial como de una ulterior denegación por el Consejo de Transparencia u órgano equivalente. En este punto, puede ser determinante que se tome a este derecho fundamental en serio como derecho fundamental, puesto que ello impondrá en la ponderación un peso bien importante al derecho de acceso a los límites. Asimismo, la consideración de este derecho fundamental exigirá una intensa motivación concreta de la restricción, eludiendo fórmulas estereotipadas o genéricas.

El legislador ha regulado con especialidad e intensidad el particular conflicto del derecho fundamental de acceso a la información con la privacidad y los datos personales en el artículo 15. En primer lugar, excluye *de iure* que se pueda acceder a información de terceros sobre su ideología, afiliación sindical, religión y creencias (art. 7. 2 Ley Orgánica 15/1999). La ley sólo permite el acceso a la información mediando consentimiento expreso del titular o que éste hubiera hecho estos datos “manifiestamente públicos” (art. 15.1). A mi juicio esta negación radical no permite la prevalencia del acceso a la información en ningún caso concreto es un error del texto de la ley que sólo podría ser enmendado con una interpretación jurisprudencial voluntarista. No olvidemos que ningún derecho es ilimitado –excepto el de no sufrir torturas-, y que en el caso de colisión de derechos fundamentales debe producirse una ponderación entre derechos cuyo resultado sólo se da en el caso concreto y no puede de modo taxativo excluirse la prevalencia del derecho fundamental de acceso a la información pública. Una negación casi radical sucede con las solicitudes de información relativa a datos sobre origen racial, a la salud y a la vida sexual así como sobre comisión de infracciones penales o administrativas (art. 7 3 y 5 Ley Orgánica 15/1999). Según la ley estas solicitudes sólo se podrían autorizar con el consentimiento expreso del afectado o por una ley. Creo que en uno u otro casos, la libertad de información y su directa fuerza normativa del artículo 20 CE podría forzar el acceso a la información en casos concretos. Cuando se solicite acceso a información que contenga datos no sensibles de los referidos, en primer término, sí que “se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la

organización, funcionamiento o actividad pública del órgano” (Art. 14.2). En segundo término, más allá de la general concesión del acceso a estos datos identificativos, la ley viene a configurar el conflicto entre el derecho a la protección de datos (u otros derechos en juego) y “el interés público en la divulgación de la información” (art. 14.3). Para resolver este conflicto este precepto da algunos criterios de cuándo habrá mayor posibilidad de conceder el acceso a la información: por el transcurso de los –abultados– plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español¹⁶; por contarse con una justificación de la petición por los solicitantes o que se trate de investigadores con motivos históricos, científicos o estadísticos; que se solicite el acceso a datos meramente identificativos; o la menor afectación a la intimidad o seguridad o que no se trate de menores de edad. Obviamente si los datos se disocian “de modo que se impida la identificación de las personas afectadas” se facilita el acceso a la información (art. 15.4).

Pues bien, de un lado, se trata de una regulación loable por intentar pautar una ponderación de derechos e intereses y dotar de asideros a los operadores jurídicos. Sin embargo, del otro lado, el derecho de protección de datos –e incluso la intimidad– parecen estar en una posición de prevalencia exagerada que sólo podrá ser corregida por una interpretación jurídica que tenga en cuenta el carácter fundamental del acceso a la información pública.

5. 2. Ejercicio del derecho de acceso a la información pública

Los artículos 17 y ss. regulan el ejercicio del derecho de acceso a la información pública (arts. 17 y ss.). El solicitante se dirigirá a quien posea la información de entre los sujetos obligados por la ley, para ello, las Administraciones habrán de establecer “sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información” (Art. 21.1). En el caso de la AGE “existirán unidades especializadas”. El solicitante habrá de hacer constar la identidad, qué información solicita y la dirección del solicitante –“preferentemente electrónica”- a efectos de comunicaciones. Aunque no es obligatorio, se podrá exponer los motivos por los que se pide la información y los mismos podrán servir para facilitar o no la concesión del acceso a la información si debe ponderarse los derechos e intereses en juego (art. 17). Si se solicita información que pueda afectar a terceras

¹⁶ “c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.”

personas identificadas, se les concederá a estas plazo para que aleguen al respecto, informando al solicitante.

En principio hay un mes para resolver a la solicitud, ampliable a otro mes por volumen o complejidad (art 20). Pasado el plazo para resolver “se entenderá que la solicitud ha sido desestimada” (art. 20.4). El silencio negativo es uno de los aspectos más criticados de la ley. En cualquier caso, para valorarlo cabe tener en cuenta que la inacción de la Administración y un silencio positivo podría suponer que cualquier accediera a información íntima, secreta o comprometida para la seguridad. La ley navarra reguló el silencio positivo, si bien, pueden albergarse dudas de si la ley autonómica puede contradecir el sentido del silencio de la ley estatal. De igual modo, y pese a los efectos jurídicos que pueda tener el silencio, no hay que obviar que habría de regularse no sólo el sentido positivo del mismo, sino también las garantías para que si se cuenta con el silencio positivo pueda accederse efectivamente a la información. No en vano, en el caso de un silencio positivo, el ciudadano habría de materializar el acceso a la información con la muy probable resistencia de la Administración implicada.

En primer lugar, la resolución sobre la petición de información puede facilitar plenamente la información solicitada. En este caso, en el momento de la resolución se facilitará el acceso a la información “preferentemente por vía electrónica” (art. 22.1), el acceso será gratuito, si bien podrán exigirse exacciones por las copias. Si se resuelve el acceso a la información, pero éste implica el acceso a la información sobre un tercero que se ha opuesto, la resolución ha de ser motivada. Además, no se facilitará efectivamente la información hasta que pase el plazo para recurrir en la vía contenciosa o se haya resuelto el recurso judicial y ratifique el acceso a la información del tercero (22.2.). En segundo lugar, la resolución también puede reconocer el acceso sólo parcial a la información, omitiendo la información afectada por un límite (art. 16). Dicha resolución habrá de ser motivada. En tercer lugar, la resolución podrá denegar completamente el acceso solicitado y también habrá de ser motivada. Es de prever que habrá de forzar a los poderes públicos a motivar efectiva y suficientemente sus resoluciones.

6. Las garantías y el Consejo de la Transparencia

6. 1. Recursos, reclamaciones y la falta de regulación de un régimen sancionador

El solicitante de información que no obtenga la información solicitada podrá impugnar, bien el silencio (negativo), bien la resolución denegatoria, bien el acceso sólo

parcial. También podrá impugnar el tercero que se oponga a la resolución que facilite la información sobre él. Cabrán dos vías de oposición. De un lado y en general, será potestativa la interposición de una reclamación en el plazo de un mes ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En su caso, esta reclamación será ante el órgano independiente que al efecto determinen las Comunidades Autónomas o los entes locales (arts. 24 y Disp. Ad. 4ª). Esta reclamación especial será sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios (art. 23.1) y habrá un plazo de tres meses para la resolución; si no hay resolución se entiende, una vez más, denegada la solicitud de acceso a la información (art. 24.4). Frente a la resolución ya procederá el recurso judicial. De otro lado, podrá no interponerse la reclamación y optar por el recurso contencioso directamente ante los tribunales. En el caso de poderes y órganos constitucionales (art. 2.1 f) no hay reclamación previa posible y sólo cabe el recurso contencioso-administrativo (arts. 23.2 y Disp. Ad. 4ª). Por cuanto al recurso judicial, será el recurso ordinario procedente. No obstante, si se considera que el derecho de acceso a la información es el derecho fundamental del artículo 20 CE, cabría optar por el recurso especial preferente y sumario de protección de derechos fundamentales (art. 53.2º CE y arts. 114 y ss. Ley 29/1998). Este recurso no conlleva tasas judiciales (art. 4.1 b) Ley 10/2012). Ahora bien, aún no existe jurisprudencia del TS o del TC que avale esta interpretación.

Más allá de los recursos administrativos y judiciales, hay que plantearse la garantía que implicaría un régimen sancionador respecto de la Administración que incumpliera las previsiones de la Ley, por ejemplo, por no cumplir las obligaciones de publicidad activa o por, de modo reiterado, no contestar a las solicitudes de acceso de información o hacerlo de manera no motivada. En este punto, cabe señalar que la ley, a pesar de que contempla un muy importante régimen disciplinario relativo a la parte de buen gobierno, no regula infracciones y sanciones vinculadas con la transparencia y el acceso a la información. En una forma muy curiosa de legislar, en dos preceptos de la ley se afirma que el “incumplimiento reiterado” de “las obligaciones de publicidad activa” (art. 9.3) o de “la obligación de resolver en plazo” (art. 20.6) “tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.” Sin embargo, falta la correspondiente regulación de tal infracción para que pudiera ser sancionada. Cabe apuntar que en razón del artículo 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, el régimen sancionador del personal queda en manos de las Comunidades Autónomas. Y esencialmente hoy día no contemplan

infracciones en la materia. Sólo la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía y de una manera clara y extensa en los artículos 51 y siguientes regula las infracciones disciplinarias y de las personas obligadas al suministro de información por no cumplir con las obligaciones de la ley. Los entes locales y Comunidades Autónomas tienen ahí un margen de actuación bien importante, que no parece que tengan voluntad de llevar a cabo.

6. 2. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Pese a que en las versiones iniciales de la ley se hablaba de la Agencia Estatal de Transparencia, en el Congreso se introdujo la denominación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, finalmente regulado en los artículos 33 y ss., Título III. Se trata de un organismo público adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que “Actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines” (art. 33.2). Su regulación legal se ha desarrollado por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. El Consejo se compone de Comisión y Presidente. La Presidencia es propuesta por el Gobierno y aprobada por mayoría absoluta del Congreso. La primera titular del cargo es Ester Arizmendi, nombrada en noviembre de 2014; no deja de ser relevante que los dos años anteriores desempeñó el cargo de Directora General de Modernización Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. El cargo tiene una duración de cinco años no renovables y tiene especialmente la función de adoptar criterios uniformes respecto de la aplicación de la ley y velar por el cumplimiento de la publicidad activa. La Comisión está integrada por un diputado, un senador, un representante del Tribunal de Cuentas, otro del Defensor del Pueblo, otro de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y otro de la autoridad independiente de responsabilidad fiscal (los vocales son por cinco años, sí renovables). El Consejo asesora al Gobierno, emite informes sobre los proyectos normativos estatales relacionados, hace una memoria anual que presenta a las Cortes, propone a la presidencia directrices o guías de buenas prácticas, promueve la formación y sensibilización sobre la ley y emitirá informes. También, al menos anualmente, convocará a órganos afines autonómicos y colaborará con los internacionales afines.

7. Para concluir. Una valoración de la ley y una mirada al futuro

Hasta aquí este somero examen de la Ley 19/2013. Es cierto que puede calificarse como una *ley gatopardesca*¹⁷ bajo la máxima de Lampedusa de “cambiar todo para que nada cambie”. No obstante, cuanto menos por comparación con la legislación anterior, la ley es un avance enorme. Son muchas las críticas que pueden formularse: una mayor cantidad de contenidos de información activa y escasas garantías de que se cumplan; que no se regule el acceso a la información como derecho fundamental; que las “excepciones” al acceso a la información son excesivas; que se excluye el acceso a muchísima información pública de interés por la vía de la inadmisión; que haya doble silencio negativo frente a solicitudes de acceso; que la reclamación administrativa frente a denegaciones puede no ser ágil y que el órgano de garantía que debe resolverla no tenga un robusto régimen de independencia; que no se desarrolle el ejercicio electrónico del acceso a la información; que no haya garantías sancionadoras por los incumplimientos de la ley respecto de la transparencia; que la Disposición adicional primera permite que cualquier regulación especial de acceso a la información, incluso por reglamento, conllevaría que la ley no sea aplicable, etc.

En todo caso, ya tenemos una ley que mejora mucho la situación anterior. Ahora *sólo* falta que la sociedad civil y los sectores políticos y económicos interesados peleen por la transparencia y que de verdad la exijan como derecho fundamental. Es necesario que se mantenga dicho interés reclamando el cumplimiento de la misma, la implantación de los portales y vigilando su completitud y su actualización. Es preciso ejercer el derecho de acceso, reclamar las denegaciones del mismo y generar criterios de aplicación ya para el Consejo de la Transparencia, ya impuestos por los tribunales. Hay que estar vigilantes del desarrollo de las normas de transparencia para intentar evitar que las normativas autonómicas y locales sean meras reiteraciones de la ley estatal sin apuntalar las debilidades de ésta. Si no se da este activismo y práctica, la transparencia volverá al reducido ámbito de interés anterior y de poco valdrá el largo camino hasta el reconocimiento de su carácter fundamental.

¹⁷ Nuez Sánchez-Cascado, Elisa: “El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno ¿Una ley gatopardesca?” en *¿Hay Derecho?* 24 septiembre 2012. <http://goo.gl/LbA5w>